Whistleblowing, Compliance & Co.: Europarechtliche Entwicklungen und Auswirkungen auf den Öffentlichen Dienst

DR. IUR. NICO HEROLD

EXPERTE FÜR COMPLIANCE, WHISTLEBLOWING UND WIRTSCHAFTS-KRIMINOLOGIE

KONTAKT: NICOHEROLD@GMX.DE

Aufbau des Vortrags

- **Block I:** **Compliance – Grundlagen und Übertragbarkeit auf den öffentlichen Dienst**

  Folie 03 – 09

- **Block II:** **Whistleblowing (WB) – Aktuelle rechtliche Situation im öffentlichen Dienst**

  Folie 10 – 33

- **Block III:** **Die zukünftige Rechtslage Richtlinie (EU) 2019/1937 (WB-RL)**

  Folie 34 – 44

Compliance-Begriff

Bedeutung: Englisch für Regeltreue, Regelbefolgung, Konformität
⇒ **Grds. offener Verbundbegriff**

Ursprung in der Medizin:

⇒ Patient befolgt Therapie-Anweisungen

Standard-Begriff in der freien Wirtschaft:

„Compliance meint Rechts- und Regelkonformität, das heißt die Übereinstimmung des Handelns der Unternehmensführung, der Beschäftigten und anderer im Betriebsablauf eingebundener Personen mit der Rechtsordnung, betrieblichen und anderen Regeln.“

(Stober 2012)

Compliance-Begriff/-Umsetzung

- **Grundkonzept:**

  „Organisation von Legalität“ (Stober 2012)

- **Privatwirtschaft:** Compliance-Management-System (CMS)

  Kernbestandteile u.a.:

  ⇒ Compliance-Struktur (Abteilung, Compliance Officer, Ombudsperson etc.)

  ⇒ Compliance-Programm (u.a. Code of Conduct, **WB-Verfahren**)

  ⇒ Kontrolle + Sanktionierung (z.B. Vorlage/Prüfung durch Compliance-Struktur, Abmahnung/Kündigung bei Verstoß)

Compliance-Funktionen (nach Stober 2012)

Verdeutlichung	⇒	Normverständnis und Verinnerlichung → <u>Compliance-Kultur</u>
Standardisierung	⇒	Formulierung und Etablierung von Verhaltensanforderungen
Konzept	⇒	Systematisierung und Weiterentwicklung durch Management
Optimierung	⇒	Anpassung der Geschäftsprozess und Arbeitsweisen
Transparenz	⇒	Überwachung durch Kontrollmaßnahmen **<u>(z.B. WB)</u>**
Prävention	⇒	Vermeidung von Negativfolgen, z.B. Imageschaden durch mediale Skandalisierung; Verfahren von Strafverfolgungs-/Kontrollbehörden; Geldbußen/Schadensersatz; Verluste für Anteilseigener
Stabilisierung	⇒	„Stabilisierung des Unternehmens durch Vertrauensbildung, Werbe- und Wettbewerbsvorteile“

Compliance im öffentlichen Dienst

- **Compliance-Begriff für die öffentliche Verwaltung:**

„Sicherstellung der rechtlichen und organisatorischen umfassenden Einhaltung aller maßgeblichen Gesetze, Normen und politischen Entscheidungen durch den öffentlich-rechtlichen Rechtsträger, seine Organe sowie sämtliche seiner Mitarbeiter.“ (*Neufeld/Hitzelberger-Kijima* 2015, S. 23)

- **Interessen grds. ≠ Privatwirtschaft:**

  Rechtsvollzug/-setzung, öffentliche Aufgaben, Allgemeinwohl etc.

- Compliance-Prinzip im **Verfassungs- und Verwaltungsrecht** (Stober 2012)

  „öffentlich-rechtliche Basis-Compliance“

⇒ Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	Art. 20 III GG
⇒ Einstellungsbedingungen	Art. 33 II GG
⇒ Öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis	Art. 33 IV GG

Compliance im öffentlichen Dienst

- Konkretisierung der „Basis-Compliance“ durch **hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums** gem. Art. 33 Abs. 5 GG (siehe Battis, BBG § 4 Rn. 15)

  - Leistungsprinzip
  - die Verfassungstreuepflicht (aktiv und im Ruhestand)
  - Fürsorgepflicht des Dienstherrn
  - Pflicht zur Amtsverschwiegenheit
  - das Verbot, unfreiwillig ständig mit unterwertigen Aufgaben betraut zu werden

Compliance im öffentlichen Dienst

- **Notwendigkeit von CMS ?**

„Der Glaube an den korruptionsresistenten "preußischen Beamten" gehört zwar zu den tradierten deutschen Ordnungsmustern. Doch mag der Glaube auch Berge versetzen - die Korruption jedenfalls verhindert er nicht“ (Schaupensteiner, in: v. Arnim [Hrsg.], Korruption, 2003, S. 178)

⇒ zunehmend komplexere Regelwerke/Querverbindungen

⇒ zunehmend höhere Anforderungen an Verwaltungshandeln

⇒ Schulungs-/Kontrolldefizite, z.B. des Dienst- + Aufsichtsrechts

- **Compliance-Funktionen für die Verwaltung**

⇒ Erhöhung der Rechtssicherheit bei der Verwaltungstätigkeit

⇒ nachhaltige Verwaltungskultur

⇒ Steigerung der Gesetzmäßigkeit/Rechtmäßigkeit der Verwaltung

⇒ Stärkung des Bürgervertrauens

➢ Compliance-Struktur/Programm für die Verwaltung, Beispiel Korruption

(Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Auflage 2016, § 60 Rn. 17 ff.)

⇒ **Feststellung der besonders korruptionsgefährdeten Arbeitsgebiete**

⇒ **Sicherungs- und Schutzmaßnahmen**

z.B. Personal- oder Aufgabenrotation; Dienst- und Fachaufsicht; Mehr-Augen-Prinzip; Trennung von Planung; Vergabe und Abrechnung von öffentlichen Aufträgen oder Zuwendungen; spezielle Aus- und Fortbildungsprogramme; Schulung/Sensibilisierung der Beschäftigten

⇒ **Antikorruptionsbeauftragte**

⇒ **WB/Hinweisgeber(-Systeme, siehe zukünftig Richtlinie bei Folie 40 ff.)**

- Elektronisch, Telefon-Hotline

- Ombudsmann

Block II: WB – Rechtliche Situation im ÖD

Definition allgemein (bisher keine Legaldefinition):

„Die Aufdeckung illegaler, unmoralischer oder illegitimer, von ihren Arbeitgebern kontrollierter Praktiken durch (gegenwärtige oder ehemalige) Mitarbeiter bzw. Personen mit privilegiertem Informationszugang gegenüber diesbezüglich potenziell beseitigungsfähigen Personen oder Organisationen außerhalb des regulären Dienstwegs." (Herold 2016, S. 46)

Formen:

- Intern:
  - „Verwaltungsintern" ⇒ z.B. Vor-Vorgesetzte, behördeneigene WB-Stelle (Ombudspersonen, Korruptionsbeauftragte etc.)
- Extern:
  - „Verwaltungsextern" ⇒ z.B. Staatsanwaltschaft
  - Öffentlich ⇒ Medien, Internet

Grds. Unterschiede Beamte/Beschäftige

- **Beamtenverhältnis:** einseitig durch Gesetz

  ⇒ verfassungsrechtliche Grundsätze + BBG, BeamtStG, Spezialgesetze, VwV etc.

  ⇒ grds. streng(er) ausgerichtet

- **Beschäftigtenverhältnis:** zweiseitig zivilrechtlich durch Arbeitsvertrag

  ⇒ Allgemeines Arbeitsrecht §§ 611 ff. BGB i.V.m. Sondervereinbarungen wie TVöD, TV-L

  ⇒ zusätzlich Dienstvereinbarungen + betriebliche Ausübung

  ⇒ konkrete Bestimmung anhand des Arbeitsvertrages i.V.m. allgemeinen Vorschriften, z.B. Nebenpflichten wie Obhuts-, Rücksichtnahme-, Informationspflichten aus Arbeitsvertrag i.V.m. §§ 41 S. 1 TVöD – BT-V, 241 II, 242 BGB

Beispiele: Verschwiegenheits- und Remonstrationspflicht (s.u. Folie 12, 15 + 19)

Folgen: Insgesamt gelten die Grundsätze für Beamte grds. analog für Beschäftige im ÖD

WB-relevante Vorschriften des ÖD

Beamte	BBG	BeamtStG	Beschäftige (Auszug)
ÖR-Dienst- + Treueverhältnis (Beamtenverhältnis)	§ 4	§ 3 I	§ 41 S. 1 TVöD – BT-V § 3 I 1 TV-L
Vertrauensvolles Verhalten/Achtung	§ 61 I	§ 34	s.o. bzw. § 241 II BGB
Unterstützung/Beratung Vorgesetzter	§ 62 I 1	§ 35 S.1	s.o. bzw. § 241 II BGB
Verantwortung für Rechtmäßigkeit/Remonstration	§ 63	§ 36	s.o. bzw. § 241 II BGB
Bekennen zur / Eintreten für freiheitlich demokratische GO	§§ 7 I Nr. 2 60 I	§ 33 I 3	§ 41 S. 2 TVöD – BT-V § 3 I 2 TV-L („nur“ bekennen)
Verschwiegenheitspflicht	§ 67 I 1	§ 37 I 1	§ 3 I TVöD; § 3 II TV-L + z.B. § 30 AO; § 35 SGB I; § 10 BPersVG; § 79 BetrVG
Einhaltung des Dienstweges	§ 125 I	*z.B. § 49 I LBG BW*	h.M. entsprechend + ggf. VwV (s.u. Folie 13)

Allgemeine Melderechte/-pflichten (unechtes WB)

- § 125 BBG bzw. LBG = Dienstwegprinzip bis oberste Dienstbehörde (grds. analog für Beschäftigte)
  - Allgemeines Petitionsrecht (Art. 17 GG) als *Antrags- und Beschwerderecht* für aktive Beamte - Dienstpetition (Battis, BBG, § 125 Rn. 6 ff.)

⇒ Antrag/Beschwerde → konkretes Verlangen ≠ allgemeine Anregungen, Hinweise etc.

⇒ form- und fristlos

⇒ Dienstweg grds. einhalten, auch wenn Eingabe gegen höhere Stelle

⇒ Ausnahme § 125 II BBG: Beschwerden gegen Vorgesetzte <u>können</u> ggü. nächsthöheren Vorgesetzten abgegeben werden (<u>WB-Recht intern!</u>)

⇒ bez. Inhalt unterliegt Eingabe den allgemeinen, insb. der Wahrheits-, Mäßigungs- und Verschwiegenheitspflicht, aber: deutliche Worte und nachdrückliche Kritik erlaubt

Allgemeine Melderechte/-pflichten (unechtes WB)

- **Unterstützungs-/Beratungspflicht** der Vorgesetzten gem. § 62 I 1 BBG / § 35 S. 1 BeamtStG (grds. entsprechend für Beschäftigte, s.o. Folie 11)

  ⇒ Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit gilt auch ggü. gleich- und nachgeordneten Mitarbeitern (Unterfall zu § 61 I 3 BBG)

  ⇒ Darlegungspflicht ggü. Vorgesetzten, ob und warum man beabsichtigte Maßnahmen für unzweckmäßig/rechtswidrig hält → auch sachliche Kritik! (Battis, BBG, § 62 Rn. 2)

- **(P)**: Pflicht zur Meldung von Fehlverhalten seitens Kollegen?

  ⇒ str. wegen Pflicht zur Wahrung des Betriebsfriedens

  ⇒ jedenfalls bei schwerer Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung (z.B. „Korruptionsgeflechte“, BGH, NStZ 2004, S. 565 ff.)

  ⇒ für (nachgeordnete) Vorgesetzte uneingeschränkt

Allgemeine Melderechte/-pflichten (unechtes WB)

- Remonstrationspflicht gem. § 63 II BBG / § 36 II BeamtStG

  ⇒ Bei Bedenken gegen Rechtmäßigkeit <u>dienstl. Anordnungen</u> unverzüglich ggü. Vorgesetzen (S. 1)

  ⇒ Bei Bestätigung ggü. Nächstvorgesetzen (S. 2)

  ⇒ Bei Bestätigung ⇒ Ausführungspflicht + Befreiung von Verantwortung (S. 3)

  Ausnahme bei Straftaten, OWI + Verstoß gegen Menschenwürde (S. 4)

  - straf-, disziplinar- + haftungsrechtliche Entlastung des ausführenden Beamten
  - behördeninterne Selbstkontrolle → Verwirklichung des Rechtsstaats-/Demokratiegebots

  ⇒ Kein Recht zum Überspringen des direkten Vorgesetzten i.S.v. internem WB!

- Beschäftige trifft Meldepflicht nur, wenn Weisungen Grenze zur Straftat überschreiten (vgl. Folie 11)

Weitere WB-/Melderechte (Auszug)

- **<u>Allgemein:</u>**
  - Anregungs-/Beschwerderecht beim Personalrat (§ 68 I Nr. 3 BPersVG, Einordnung str. - Dienstweg oder nicht?)
- **<u>Verstreute WB-Rechte (u.a.):</u>**
  - Anrufung der Beauftragten für Datenschutz (jedermann gem. § 60 I BDSG; z.B. § 29 DSG NRW)
  - Bei Diskriminierung nach § 1 AGG (ethnische Herkunft, Geschlecht etc.)

    ⇒ Für Beschäftigte/Beamte gem. §§ 13 / 24 I Nr.1 AGG (vgl. auch LandesgleichstellungsG)

    ⇒ Beschwerderecht bei zuständiger innerdienstlicher Stelle (§ 13 AGG)

    ⇒ WB-Recht: Antidiskriminierungsstelle des Bundes (§ 27 I AGG)

Weitere Bsp.: § 101 III HmbBG; § 7 S.1 WBeauftrG; § 2 SächsPetAG; § 4d FinDAG

(Beamten-)Rechtliche Zulässigkeit von WB i.e.S.

- **Einheitliche WB-Gesetzgebung fehlte bisher für Beamten- und Privatarbeitsrecht** + eher wenig Rechtsprechung, bes. im Beamtenrecht ⇒ **siehe aber jetzt WB-RL, unten Block III**

- **Aufzulösender Grundkonflikt Beamte** ⇒ hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 V GG), insb.:
  - Treue- und Loyalitätspflicht zum Dienstherrn
  - Achtung der berechtigten Belange der Verwaltung
  - Amtsverschwiegenheit

  vs. insb. Art. 2 i.V.m. Art. 20 III, 5 I GG

- **Zentrales Spannungsverhältnis**

  ⇒ Treue-/Gehorsamspflicht vs. Verfassungstreue „Prüfstein des Beamtenrechts schlechthin“ (Summer, ZBR 1992, S. 3)

  ⇒ Bei Beschäftigen: Interessen/Belange des Arbeitsgebers vs. u.a. Eigeninteressen, öffentliche Interessen

Abwägung von Kollision/Spannungsverhältnis

- Abwägung Treue-/Gehorsamspflicht vs. Verfassungstreue

  ⇒ nicht explizit geregelt

  ⇒ „eines der schwierigsten Probleme, ja, man kann getrost sagen: das Problem des Rechts“ (Richter 1934, S. 72)

- Lösung des Spannungsverhältnisses BGH/BVerfG „Fall Pätsch“ (s.u.)

  ⇒ „Stufentheorie“ ⇒ grds. einzuhaltende Adressatenreihenfolge (auch für Beschäftigte)

  1. Stufe: Verwaltungsintern

  2. Stufe: Verwaltungsextern

  3. Stufe: Öffentlichkeit

  ⇒ Handhabung obliegt Beamten/Beschäftigen im Einzelfall

Verschwiegenheitspflicht

- **<u>WB - Dreh- + Angelpunkt</u>** - § 67 BBG / § 37 BeamtStG bzw. § 3 I TVöD; § 3 II TV-L

  ⇒ für Beamte umfassend konzipierte (Haupt-)Pflicht (Battis, BBG, § 67 Rn. 6)

  ⇒ für Beschäftige nur bei Geheimhaltung gem. gesetzlichen Vorschriften oder von ArbG angeordnet

  ⇒ beide inhaltlich vergleichbar

  - <u>gilt auch für dienstlich beiläufiges Bekanntwerden von Angelegenheiten</u>

    ⇒ z.B. vertrauliche Äußerungen in privatem Gespräch unter Beamten während der Dienststunden, Gerüchte, Charakterisierung von Kollegen/Vorgesetzen

  - <u>gilt ggü. jedermann (Ausn: Genehmigung z.B. nach § 67 III / § 37 III)</u>

    ⇒ z.B. StA, Polizei, Journalisten, Privatpersonen etc., auch Anwälten!

    ⇒ außer Vorgesetzten, Kollegen + Personen, die im engeren Dienstbereich mit der geheim zu haltenden Angelegenheit dienstlich befasst sind

Ausnahmen gem. § 67 II BBG / § 37 II BeamtStG (nur Beamte; analog für Angestellte öD ?)

(2) Absatz 1 gilt nicht, soweit

1. Mitteilungen im dienstlichen Verkehr geboten sind,
2. Tatsachen mitgeteilt werden, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen, oder
3. gegenüber der zuständigen obersten Dienstbehörde, einer Strafverfolgungsbehörde oder einer von der obersten Dienstbehörde bestimmten weiteren Behörde oder außerdienstlichen Stelle ein durch Tatsachen begründeter Verdacht einer Korruptionsstraftat nach den §§ 331 bis 337 des Strafgesetzbuches angezeigt wird.

Im Übrigen bleiben die gesetzlich begründeten Pflichten,

geplante Straftaten anzuzeigen [⇒ §138 StGB, gilt für jedermann]

und für die Erhaltung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung einzutreten, von Absatz 1 unberührt.

- <u>Voraussetzung II S. 2 Alt. 2</u>: **Gefährdung der f. d. GO**

  - **<u>f. d. GO</u>**

    (P): Auslegung/Umfang unklar/str. (Bäcker 2015, S. 506 ff.)

    <u>1 M. (h.A.): Sehr eng</u>

    ⇒ „Strukturprinzipien“ i.S.v. Art. 21 II GG u.a.: Menschenrechte gem. GG, Gewaltenteilung, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Mehrparteienprinzip

    <u>2 M.: Sehr weit</u>

    ⇒ Treuepflicht - Art. 33 V GG (s.o.), „gesamte verfassungsmäßige Ordnung“

    <u>3 M.: Vermittelnd</u>

    ⇒ Auslegung von § 67 BBG = Demokratieprinzip + Freiheitlichkeit

    „Kerngedanke des liberalen Rechtsstaats, der sich insb. durch Bindung auch und gerade der Administrative an die Grundrechte verwirklicht“

  - **<u>Gefährdung:</u>** Abhängig von Missstands-Schwere + Schadenswahrscheinlichkeit

- **<u>Rechtsfolge:</u>**

  ⇒ Verschwiegenheitspflicht entfällt/tritt zurück entlang der Eintrittspflicht gem. § 67 II BBG / § 37 II BeamtStG

- **Handhabung in der Praxis?** (grds. analog auch für Beschäftige)
  - Rechtsfolge i.V.m. <u>den übrigen Beamten-Pflichten</u>

    ⇒ Ob und welche Stufen darf/muss man auslassen?

  - Abhängig von Missstands-Kriterien

    ⇒ Art und Ausmaß (Typ, besonders leicht bis schwer – str.)

    ⇒ Sicherheit des Vorliegens (möglich/plausibel/evident)

    + Situative Gegebenheiten und Möglichkeiten

- 1. Stufe: *Verwaltungsintern*

  ⇒ Grundsatz: Umfassendes Ausschöpfen aller zumutbaren Abhilfemöglichkeiten

- Schonendster Beginn ⇒ Dienstweg

  ⇒ vgl. §§ 61, 62, 63,125 BBG (s.o.)

  Direkte Vorgesetzte ⇒ Nächstvorgesetzte ⇒ zuständiges Ministerium

  ⇒ abhängig von Erfolg(saussichten), *„etwa weil sich das beanstandete Verhalten der Behörde bereits zu einer Übung ausgeweitet hat, deren Umfang eine Änderung auf Grund bloßer Vorstellungen eines einzelnen Bediensteten nicht erwarten läßt“* (BVerfGE 28, 191 ff.)

- Zusätzlich: Anregungs- und Beschwerderecht beim Personalrat

  gem. § 68 I Nr. 3 BPersVG (s.o. Einordnung str.)

- 2. Stufe: *Verwaltungsextern*

  - Strafanzeige Polizei/StA als Ausnahme, Petition, Einschalten von Abgeordneten (Bund/Land/Gemeinden) nach Art. 17 GG (str. weil für jedermann)

    ⇒ Stufe 1 dürfen/müssen Sie je nach Einzelfall auslassen

- 3. Stufe: *Öffentlich*

  jede außerdienstliche „Anlaufstelle, die den Druck der öffentlichen Meinung darstellen oder beeinflussen kann“ ⇒ Medien etc. allerletztes Mittel

  ⇒ Stufe 1 + 2 dürfen/müssen Sie überspringen bei „besonders schweren Verwaltungs-Missständen“ in Form „evidenter, besonders schwerer Verfassungsverstöße“

  (BVerwG, NJW 2001, S. 3280 ff.; BVerfGE 28, 191 ff.)

Beispiel: Fall Pätsch 1965, plausibler Verstoß gegen Art. 10 GG (Post-/Fernsprech-Überwachung des BfV + USA) reichte BVerfG objektiv nicht aus

- **Ausnahme: § 67 II 1 Nr. 3 BBG / § 37 II 1 Nr. 3 BeamtStG**

gegenüber der zuständigen obersten Dienstbehörde, einer Strafverfolgungsbehörde oder einer von der obersten Dienstbehörde bestimmten weiteren Behörde oder außerdienstlichen Stelle

⇒ weiter Spielraum, z.B. externe Vertrauensanwälte, elektronisches System gem. § 57 I LBG BaWü

ein durch Tatsachen begründeter Verdacht

⇒ Keine Anzeigen „ins Blaue hinein“, soweit möglich Beweise sammeln

⇒ Beamte tragen nicht das volle Risiko der Nichterweisbarkeit

einer Korruptionsstraftat nach den §§ 331 bis 337 des Strafgesetzbuches angezeigt wird.

⇒ **(P)**: Mitverwirklichte Delikte umfasst?

⇒ **(P)**: Motivlage (grds.) unerheblich?

⇒ **(P)**: Schweregrad relevant?

Rechtsfolge § 67 II 1 Nr. 3 BBG / § 37 II 1 Nr. 3 BeamtStG

- Echtes Wahlrecht bez. Adressatenreihenfolge NUR für Beamte

  ⇒ direktes verwaltungsexternes WB (Stufe 2) gestattet (z.B. direkt StA)

  ⇒ vorheriges verwaltungsinternes WB grds. gestattet, entspr. Pflichten bleiben grds. bestehen (s.u. Exkurs)

  - **(P)**: öffentliches WB (Stufe 3) von Korruption gestattet? (str.)

    ⇒ (+) wenn Korruption Sonderfall der Gefährdung der f. d. GO

- **Exkurs:** Anti-Korruptions-Vorschriften (gelten i.d.R. auch für Beschäftigte)

  ⇒ z.B. gem. § 12 KorruptionsbG NRW: Anzeigepflicht beim LKA für Behördenleiter u.a. auch für §§ 261, 263, 264, 266 StGB

  ⇒ entsp. VwV sehr unterschiedlich: i.d.R. Meldepflicht ähnlich der Stufentheorie

  ggf. Adressatenwahlrecht (internes WB), z.B. IV. VwV Anti-Korruption Sachsen → Ansprechpartner für Anti-Korruption - außerhalb des Dienstweges

Weitere Missstände

- **(P):** Gilt Stufentheorie auch für Missstände, die <u>nicht</u> die f.d.GO gefährden und ≠ Ausnahmen gem. § 67 II 1 BBG / § 37 II 1 BeamtStG bzw. § 138 StGB ?

  ⇒ z.B. Verstöße gegen Sicherheitsvorschriften, Forschungsmissstände, Missmanagement

  - 1 M.: umfassende Verschwiegenheitspflicht gilt (Folie 19)

    ⇒ internes/externes WB außerhalb der o.g. Rechte/Pflichten = Pflichtverstoß

    (Ausn. z.B. Polizeibeamte – „Legalitätsprinzip“; Landesgesetze, VwV etc. s.o.)

  - 2 M.: Reich, § 37 BeamtStG, Rn. 5 (Folie 17)

    „weitere Ausnahmen können aus den Grundrechten der Beamten erwachsen“

Disziplinar-/arbeitsrechtliche Sanktionen

- Unrechtmäßiges WB = schuldhafte Pflichtwidrigkeit/Dienstvergehen
- Beamtenrecht: § 77 I BBG / § 47 I BeamtStG

  ⇒ Einleitungspflicht durch Vorgesetze bei Verdacht gem. § 17 I BDG (bzw. LDG)

  ⇒ Verweis, Geldbuße, Kürzung Dienstbezüge, Zurückstufung, Entfernung (§§ 6 – 10 BDG)

- Beschäftige: v.a. Abmahnung, Kündigung, ggf. Schadensersatz

- Strafrechtliche Sanktionen, v.a. §§ 94-97, 201 III, 353b StGB

  ⇒ Verbot der Doppelbestrafung gem. § 14 I BDG (bzw. LDG)

- ABER: Identitätsschutz von Informanten (auch) bei (unrechtmäßigem) Medien-WB

  ⇒ mittelbar über ZeugnisverwR von Journalisten + Beschlagnahmeverbot gem.

  § 53 I S. 1 Nr. 5, S. 2, 3, II; § 97 V StPO; § 383 I Nr. 5 ZPO; § 102 I Nr. 4 AO

Schutz bei rechtmäßigem Whistleblowing

- Grds. keine speziellen Schutzvorschriften (Ausn.: z.B. § 7 S. 2 WBeauftrG)

  ⇒ Rückgriff auf Generalklauseln

- <u>Allgemeine Verhaltenspflichten</u>

  Achtungs- und vertrauenswürdiges Verhalten gem. § 61 I BBG / § 34 S. 3 BeamtStG - bzw. § 41 S. 1 TVöD – BT-V; § 3 I 1 TV-L

  ⇒ kollegiale Zusammenarbeit (s.o.)

  ⇒ Verbot leichtfertiger, haltloser oder nicht nachprüfbarer Beschuldigungen

  ⇒ kein hinterhältiges Verhalten/kein Mobbing

  <u>Also: Informelle Repressalien sind weitreichend untersagt!</u>

- <u>Achtung</u>: Gilt auch für Insider/WB, z.B. bez. Beweisbeschaffung

Schutz bei rechtmäßigem Whistleblowing

- § 78 BBG / § 45 BeamtStG bzw. Arbeitsvertrag - Fürsorgepflicht des Dienstherren

  „Das Verhältnis zwischen Dienstvorgesetzten und Beamten muss von Fairness, Offenheit und Vertrauen bestimmt sein“ (Battis, BBG, § 78 Rn. 9)

- Schutz u.a. gegen (mögliche) Beeinträchtigungen von

  u.a. Wohlergehen (wirtschaftlich + gesundheitlich), Persönlichkeits-Rechten

  ⇒ z.B. bei Beamten ggf. disziplinarrechtliches Vorgehen gegen grds. alle vom Begriff „Mobbing“ umfassten Verhaltensweisen (i.V.m. § 61 BBG / § 34 BeamtStG)

  ⇒ **(P)**: Schutz kann z.B. auch Umsetzung/Versetzung bedeuten

- Erfüllungs-/FBA + ggf. SE-Ansprüche gegen Dienstherrn

  ⇒ z.B. amtsangemessene Beschäftigung = keine Unter-/Überforderung

Schutz bei rechtmäßigem Whistleblowing

- **(P)**: Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis (Beispiel Beamte, für Beschäftigte ähnlich)
  - <u>Theorie:</u>

    ⇒ Schutzrechte/-ansprüche (s.o.) ⇒ keine negativen Konsequenzen (§ 61 I 3 BBG), z.B. auf künftige Besetzungs-/Beförderungsentscheidungen

  - <u>Praxis:</u>

    ⇒ ggf. schwer justiziable Repressionen, Vorschieben objektiver Gründe

    ⇒ Ansprüche „nur“ auf pflichtgemäße Ermessensausübung

    ⇒ Anonymität: ggf. mögliche Rückschlüsse; „Datenpannen“ etc.

    ⇒ Prozessrisiko/Beweisschwierigkeiten (Beweislast liegt grds. bei Ihnen!)

    ⇒ Keine Erfolgsgarantie + selbst bei Erfolg: Folgen für Arbeitsklima etc.

- Gefahr des „Edeka-Effektes“ = Ende der Karriere (Wichmann/Langer, ÖD, S. 384)

Zwischen-Fazit

- Compliance und WB sind nicht nur Schlagworte, sondern ihrem Wesen nach dem öffentlichen Dienst-/Beamtenrecht immanent aber praktisch wenig systematisiert
- Internes + v.a. externes WB sind für Beamte/Beschäftigte nicht grds. unzulässig
- Entscheidende Problemfelder:
  - Uneinheitliche (z.T. kollidierende) Rechte/Pflichten verwoben in General-/Spezialnormen
  - Voraussetzungen z.T. wenig verbindlich + an entscheidenden Stellen streitig
  - Korrekte Handhabung hochgradig einzelfallabhängig

    ⇒ Gestattung: Bestimmung der Handlungsvarianten

    ⇒ Hinweisinhalt: Informations-/Beweisbeschaffung
  - Rechtmäßigkeit = ex post Feststellung + grds. eher restriktive Rspr.

    ⇒ Problem: Ex ante Voraussetzungen → ex post Beurteilung (Meyer 2018, S. 326 f.)
- (Insb. unmittelbares, externes) **WB birgt hohe rechtliche / praktische Risiken**

Verhaltensregeln/Checkliste

1. Vorab

⇒ Worum geht es beim Missstand quantitativ + qualitativ ?

⇒ Sicherung von Beweismaterial innerhalb der Möglichkeiten/Vorgaben **(P)**

⇒ Welche (Straf-)Normen sind ggf. verletzt?

⇒ Ob + ggf. wie ist die f. d. GO gefährdet? – wenn (+)

2. Vorgehen (absteigend nach Erlaubnisreichweite)

⇒ Je nach Evidenz + Schweregrad der Gefahr/Verletzung ggf. WB-Recht/Pflicht gem. Stufentheorie umsetzen → wenn (-) oder unklar

⇒ Spezielle WB-/Melde-Rechte/-Pflichten? (Folie 16 + 25-26)

wenn (+) nutzen / wenn (-)

⇒ Allgemeine WB-/Melde-Rechte/-Pflichten! (Folie 13-15)

➢ Empfehlung: Wenn möglich, zunächst stets die internen Instrumente nutzen!

⇒ Beschwerderechte, Remonstrationspflicht etc. (Reihenfolge anpassen!)

Block III: Die zukünftige Rechtslage
Richtlinie (EU) 2019/1937 (WB-RL)

- **Grundsatz: Erlaubt nach RL sind nur geschützte Meldungen**

  Voraussetzungen:

  - Person i.S.d. RL = persönlicher Anwendungsbereich
  - Informationen über Verstöße i.S.d. RL = sachlicher Anwendungsbereich
  - Meldung i.S.d. RL = erfasste Vorgehensweisen

- **Einrichtungsverpflichtung von Meldekanälen**

  - private Organisationen
  - öffentliche Einrichtungen/Behörden

- **Schutzwirkungen und Durchsetzungsmaßnahmen**

- **Sanktionen für Zuwiderhandlungen von Organisationen + Meldenden**

Art. 4 – Persönlicher Anwendungsbereich

- **<u>Abs. 1 i.V.m. Art 5 Nr. 7:</u>** "Hinweisgeber" eine natürliche Person, die im Zusammenhang mit ihren Arbeitstätigkeiten erlangte Informationen über Verstöße meldet oder offenlegt;

  mindestens:

  - Arbeitnehmer, **Beamte,** Selbstständige
  - Anteilseigner, Angehörige von Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan eines Unternehmens; auch nicht geschäftsführende Mitglieder + Praktikanten
  - Personen, die für (Unter-)Auftragnehmern und Lieferanten arbeiten

- **<u>Abs. 2 + 3</u>**

  Vor (Einstellungsverfahren/vorvertragliche Verhandlungen) und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

- **<u>Abs. 4</u>**

  Mittler; mit den Hinweisgebern in Verbindung stehende Dritte, z.B. Kollegen/Verwandte (!); juristische Personen im Eigentum, als Angestellter oder mit denen er beruflich in Verbindung steht

Art. 2 - Sachlicher Anwendungsbereich

- **<u>Abs. 1 a) - Hauptbereiche erfasster Verstöße</u>**
  - öffentliches Auftragswesen; Finanzdienstleistungen/-produkte/-Märkte + Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung
  - Produktsicherheit und -konformität
  - Verkehrssicherheit
  - Umweltschutz; Strahlenschutz und kerntechnische Sicherheit
  - Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit, Tiergesundheit/-schutz
  - öffentliche Gesundheit
  - Verbraucherschutz
  - Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Daten sowie Sicherheit von Netz- und Informationssystemen
- **<u>Abs. 2 – Erweiterungsmöglichkeit</u>**

  Mitgliedstaaten dürfen über nationales Recht den Schutz auf „auf Bereiche oder Rechtsakte“ ausdehnen, „die nicht unter Absatz 1 fallen“

Begriffe gem. Art. 5 (Auszug)

Nr. 3: **„Meldung“** oder „melden“ die mündliche oder schriftliche Mitteilung von Informationen über Verstöße

Nr. 4: **„interne Meldung“** die mündliche oder schriftliche Mitteilung von Informationen über Verstöße innerhalb einer juristischen Person des privaten oder öffentlichen Sektors;

Nr. 5: **„externe Meldung“** die mündliche oder schriftliche Mitteilung von Informationen über Verstöße an die zuständigen Behörden;

Nr. 6: **„Offenlegung“** oder „offenlegen“ das öffentliche Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße;

Nr. 7: **„Hinweisgeber“** eine natürliche Person, die im Zusammenhang mit ihren Arbeitstätigkeiten erlangte Informationen über Verstöße meldet oder offenlegt;

Nr. 11: **„Repressalien“** direkte oder indirekte Handlungen oder Unterlassungen in einem beruflichen Kontext, die durch eine interne oder externe Meldung oder eine Offenlegung ausgelöst werden und durch die dem Hinweisgeber ein ungerechtfertigter Nachteil entsteht oder entstehen kann;

Begriffe gem. Art. 5 (Auszug)

- Nr. 1 "Verstöße" Handlungen oder Unterlassungen, die
  i) rechtswidrig sind und mit den Rechtsakten der Union und den Bereichen in Zusammenhang stehen, die in den sachlichen Anwendungsbereich gemäß Artikel 2 fallen, oder
  ii) dem Ziel oder dem Zweck der Vorschriften der Rechtsakte der Union und der Bereiche, die in den sachlichen Anwendungsbereich gemäß Artikel 2 fallen, zuwiderlaufen;

  Kritik: keine klare Konturierung (Garden/Hiéramente, BB 2019, 963)

- Nr. 2 "Informationen über Verstöße" Informationen, einschließlich begründeter Verdachtsmomente, in Bezug auf tatsächliche oder potenzielle Verstöße, die in der Organisation, in der der Hinweisgeber tätig ist oder war, oder in einer anderen Organisation, mit der der Hinweisgeber aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit im Kontakt steht oder stand, bereits begangen wurden oder sehr wahrscheinlich erfolgen werden, sowie in Bezug auf Versuche der Verschleierung solcher Verstöße;

  Kritik: Sorgfaltsmaßstab? (Garden/Hiéramente, BB 2019, 964)

Welche Meldungen sind geschützt und damit erlaubt?

Achtung: Art. 9 g) – Organisation muss u.a. klare und leicht zugängliche Informationen über die Verfahren für externe Meldungen an die zuständigen Behörden nach Art. 10 liefern

Person mit "Informationen über Verstöße" gegen EU-Recht

hinreichender Grund zur Annahme, dass zum Meldungs-Zeitpunkt wahr + im Anwendungsbereich der RL gem. Art. 6

Interne Meldekanäle
der Organisation
gem. Art. 7 Abs. 1; 10

und/oder
echtes Wahlrecht

Externe Meldekanäle
der zuständigen
Behörden gem. Art. 10

gleichwohl: grds. möglichst interne Kanäle zuerst nutzen, Art. 7 Abs. 1, 2; Erwägungsgrund 33.

zuvor intern + keine geeigneten Maßnahmen innerhalb von max. 3 Monaten ab Eingangsbestätigung (nach 7 Tagen) gem. Art. 15 Abs. 1 a) + Art. 9 Abs. 1 f)

Offenlegung
z.B. Medien gem. Art. 15

direkt bei Sonder-Konstellationen
(z.B. Gefährdung des öffent. Interesses, im Fall einer externen Meldung Repressalien/keine Abhilfe zu befürchten

zuvor extern + keine geeigneten Maßnahmen innerhalb von max. 3 bzw. 6 Monaten ab Eingangsbestätigung (nach 7 Tagen) gem. Art. 15 Abs. 1 a) + Art. 11 Abs. 2 d)

Welche Meldungen sind geschützt und damit erlaubt?

- **<u>interne + externe Meldungen</u>**

  → <u>grds. nur bei Eingang über die nach der RL eingerichteten Kanäle</u> geschützt

  gem. Art. 6 Abs. 1 b) i.V.m. Art. 7/8/10/11/12! (vgl. aber Art. 12. Abs. 3)

- **<u>offen vs. anonym</u>**
  - völlig anonyme Meldungen erfasst die RL (logischerweise) nicht
  - nachträglich identifizierte Personen, die Repressalien erleiden dagegen schon gem. Art. 6 Abs. 3
  - keine Verpflichtung zur Entgegennahme/Weiterverfolgung anonymer Meldungen → Mitgliedsstaaten können das regeln gem. Art. 6 Abs. 2

- **<u>Motivlage</u>**

  → irrelevant

  → auch Meldungen rein aus Schädigungsabsicht erfasst, solange Voraussetzungen der RL erfüllt

Einrichtungsverpflichtung von Meldekanälen

- **Pflicht zur Einrichtung interner Meldekanäle gem. Art. 8**
  - <u>juristische Personen des privaten Sektors</u>
    - Abs. 1 + 6: mit 50 oder mehr Arbeitnehmern, mit 50 – 249 Arbeitnehmern können sich Melde- und Untersuchungsressourcen teilen
    - Abs. 3: „Meldekanäle können intern von einer hierfür benannten Person oder Abteilung betrieben oder extern von einem Dritten bereitgestellt werden.“
    - Abs. 7: nach einer geeigneten Risikobewertung ggf. auch unter 50 Arbeitnehmer
  - <u>juristische Personen des öffentlichen Sektors (Abs. 9)</u>
    - analog s.o. Abs. 1
    - Gemeinden unter 10.000 Einwohner oder weniger als 50 Arbeitnehmer können ausgenommen werden
    - gemeinsames Betreiben von internen Meldekanälen möglich

Verfahren/Folgemaßnahmen für interne Meldungen, Art. 9

- **interner Meldekanal**
  - sichere Konzipierung → Vertraulichkeit des Hinweisgebers und erwähnter Dritter → kein Zugriff Unbefugter
  - schriftliche und mündliche (telefonisch bzw. auf Wunsch pers.) Meldungen
  - Eingangsbestätigung innerhalb von 7 Tagen
  - max. 3 Monate nach Eingang/Ablauf → Rückmeldung an den Hinweisgeber
  - ordnungsgemäße Folgemaßnahmen der für Bearbeitung benannten Person
  - klare und leicht zugängliche „Informationen über die Verfahren für externe Meldungen an die zuständigen Behörden nach Art. 10 und gegebenenfalls an Organe, Einrichtungen oder sonstige Stellen der Union“

    → de facto müssen Unternehmen wegen des Wahlrechts also auf die konkurrierenden Meldekanäle hinweisen!

externe Meldekanäle

- **<u>Gestaltung externer Meldekanäle gem. Art. 12</u>**
  - Unabhängig und autonom, wenn
    - Vollständigkeit, Integrität und Vertraulichkeit der Informationen gewährleistet → kein Zugriff Unbefugter
    - sie ermöglichen die dauerhafte Speicherung von Informationen gemäß Artikel 18, um weitere Untersuchungen zu ermöglichen
  - schriftlicher und mündlicher Form
  - Sicherstellung einer Weiterleitung bei Eingang über andere Kanäle
- **<u>Behörden-Webseite: Informationen u.a. über</u>**
  - die Bedingungen für den Schutz nach Maßgabe der RL
  - insb. E-Mail-Adresse/Postanschrift/Tel.-Nummer
  - Verfahren, insb. Zeitraum, Art und Inhalt der Rückmeldung
  - Abhilfemöglichkeiten/Schutz/Unterstützung

Schutz

- **Art. 19 – Verbot von Repressalien**
  - jede Form von Repressalien, inklusive Androhung/Versuch
    - z.B.: negative Leistungsbeurteilung/schlechtes Arbeitszeugnis; Nötigung, Einschüchterung, Mobbing oder Ausgrenzung
- **Art. 20 – Unterstützende Maßnahmen**
  - Sicherstellung des Zugangs durch Mitgliedsstaaten, u.a.
    - umfassende + unabhängige Information/Beratung über verfügbare Abhilfemöglichkeiten + Verfahren gegen Repressalien + Rechte der betroffenen Person; Prozesskostenhilfe in Strafverfahren + grenzüberschreitenden Zivilverfahren + (Mitgliedsstaaten-Option): in gerichtlichen Verfahren finanzielle Hilfen + unterstützende Maßnahmen, einschließlich psychologischer Betreuung
- **Art. 21/22 – Schutz vor Repressalien/betroffener Personen, u.a.**
  - weiter Haftungsausschluss für geschützte Meldungen/Offenlegungen
  - Zugang zu geeigneten Abhilfemaßnahmen gegen Repressalien inkl. einstweiligen Rechtsschutzes während laufender Gerichtsverfahren
  - Art. 21 Abs. 5: „In Verfahren vor einem Gericht oder einer anderen Behörde, die sich auf eine vom Hinweisgeber erlittene Benachteiligung beziehen und in denen der Hinweisgeber geltend macht, diese Benachteiligung infolge seiner Meldung oder der Offenlegung erlitten zu haben, wird vermutet, dass die Benachteiligung eine Repressalie für die Meldung oder Offenlegung war. In diesen Fällen obliegt es der Person, die die benachteiligende Maßnahme ergriffen hat, zu beweisen, dass diese Maßnahme auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basierte.“

Herausforderungen der Umsetzung

- Whistleblowing = Handlungs-Phänomen der Weitergabe von Missstands-Informationen Spielt im natürlichen Spannungsfeld von Geheimhaltung und Transparenz, das ein Rechtsstaat ständig legislativ, judikativ und exekutiv auszubalancieren hat („Check and Balances“)
- im Beamtenrecht manifestiert sich das für Beamte im aufzulösenden Grundkonflikt

  ⇒ hergebrachte Grunds. des Berufsbeamtentums (Art. 33 V GG) vs. insb. Art. 2 + Art. 20 III, 5 I GG (Folie 04)

  ⇒ Grds. Stufentheorie entlang der Einzelfall-Relevanzen + verstreute Ausnahmen, insb. bez. externem WB bei Korruption

  ⇒ Auch nach geltendem Recht Offenlegung gegenüber den Medien/Öffentlichkeit bereits (im Extrem-Fall) möglich bis gar verpflichtend
- **WB-RL regelt das Spannungsverhältnis grds. neu**

  ⇒ gewichtet Transparenz generelle stärker – insbesondere über das Wahlrecht

  ⇒ Reicht damit für Beamte tief in den verfassungsrechtlichen Grundkonflikt (s.o.) – entsprechend rechtstechnisch anspruchsvoller Harmonisierungs-Bedarf (z.B. mit Remonstrationspflicht, Dienstwegprinzip)

  ⇒ Das deutsche Beamtenrecht bereits schon zahlreiche Ausnahmen, insb. ein echtes Wahlrecht intern/extern mit §§ 67 II BBG / § 37 II BeamtStG

  ⇒ Direkte Geltung bei Verletzung der Umsetzungs-Frist (17.12.2021)?

Ausgewählte Literatur

Bäcker, Carsten (2015): Whistleblower im Amt. Zwischen Verschwiegenheitspflicht und Verfassungstreue. In: *Die Verwaltung* 48 (4), S. 499–523.

Garden, F./Hiéramente, M. (2019): Die neue Whistleblowing-Richtlinie der EU – Handlungsbedarf für Unternehmen und Gesetzgeber, Betriebs Berater, 74 (18), S. 963–969.

Gerdemann, S. (2020): Beamtenrecht aus Brüssel – Die aktuelle Whistleblowing-Richtlinie und ihre Folgen für deutsche Beamte und Verwaltung, Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR) (1/2), 12-19.

Günther, Jörg-Michael (2018): Öffentlichkeitsarbeit von Behörden und externes Whistleblowing durch Beamte. Ein aktueller Überblick, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 37 (15), S. 1109–1112.

Hans, Armin (2017): Whistleblowing durch Beamte. Rechtslage und Regelungsbedarf. Hamburg: Dr. Kovac Verlag.

Herold, Nico (2016): Whistleblower. Entscheidungsfindung, Meldeverhalten und Kriminologische Bewertung. Baden-Baden: Nomos.

Herold, Nico (2013): Die beamtenrechtliche Zulässigkeit des „Whistleblowing“. In: *Zeitschrift für Beamtenrecht* 1-2, S. 8–14.

Király, Andrei (2010): Der Beamte als Whistleblower. In: *Die Öffentliche Verwaltung* 21, S. 894–897.

Király, Andrei (2010): Whistleblower in der öffentlichen Verwaltung. Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer.

Lopacki, Helmut (2016): Verletzung der Verschwiegenheitspflicht und ihre Folgen für Whistleblower in der öffentlichen Verwaltung. In: *Zeitschrift für Beamtenrecht* 10, 329-337.

Neufeld, Tobias; Hitzelberger-Kijima, Yukiko (2015): Compliance im öffentlichen Dienst – Teil 1: Notwendigkeit und Aufbau eines Compliance-Management-Systems. In: *Zeitschrift für das Öffentliche Arbeits- und Tarifrecht* (2), S. 23–26.

Meyer, *Frank* (2018): Whistleblowing – Zwischen Selbstregulierung und effektiver Rechtsdurchsetzung. Ein Beitrag zur Reform des Hinweisgeberschutzes, Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht, 18 (8-9), 322-332.

Terwiesche, Michael (2015): Leitfaden Compliance für Behörden und öffentliche Unternehmen. In: *Kommunalwirtschaft* (05-06), S. 6–10.

Stober, Rolf (2012): Compliance in der öffentlichen Verwaltung - Eine Anforderung zwischen moderner Governance und klassischem Verwaltungsethos. In: *Das Deutsche Verwaltungsblatt* (7), S. 391–401.

Rechtsprechung: BGHSt 20, 342 ff.; BVerfGE 28, 191 ff.; BVerwG, NJW 2001, S. 3280 ff.